

## VU Research Portal

**Over de verhouding tussen de verplichting van de aannemer om het werk 'op te leveren' (art. 7:750 lid 1 BW) en de 'oplevering' van het werk als gevolg van de aanvaarding daarvan door de opdrachtgever (art. 7:758 lid 1 BW)**

Jansen, C.E.C.

***published in***

Tijdschrift voor Bouwrecht

2018

***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Jansen, C. E. C. (2018). Over de verhouding tussen de verplichting van de aannemer om het werk 'op te leveren' (art. 7:750 lid 1 BW) en de 'oplevering' van het werk als gevolg van de aanvaarding daarvan door de opdrachtgever (art. 7:758 lid 1 BW). *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2018(9), 928-934. [139].

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Over de verhouding tussen de verplichting van de aannemer om het werk 'op te leveren' (art. 7:750 lid 1 BW) en de 'oplevering' van het werk als gevolg van de aanvaarding daarvan door de opdrachtgever (art. 7:758 lid 1 BW)

— Prof. mr. C.E.C. Jansen<sup>1</sup>

## 1. Inleiding en vraagstelling

**A**rt. 7:750 lid 1 BW regelt niet alleen de verbintenis van de aannemer om een werk van stoffelijke aard *tot stand te brengen*, maar ook de verbintenis om het tot stand gebrachte werk *op te leveren*. Met dat laatste heeft de wetgever de verplichting op het oog gehad om de nieuw vervaardigde dan wel bewerkte zaak feitelijk en - eventueel - juridisch aan de opdrachtgever *te leveren*. Eerder heb ik betoogd dat de wetgever onnodig voor verwarring heeft gezorgd door deze verplichting te omschrijven als een verplichting tot 'opleveren'.<sup>2</sup> Dat begrip suggereert namelijk een verband met de begrippen 'oplevering' en 'opgeleverd' die elders in Titel 7.12 BW worden gebruikt, maar dan in een andere betekenis. Ik doel hier in het bijzonder natuurlijk op art. 7:758 lid 1 BW, waarin de begrippen 'oplevering' en 'opgeleverd' verwijzen naar de procedurele handelingen die de aannemer en de opdrachtgever moeten verrichten om een bepaalde rechtstoestand in het leven te roepen waar belangrijke rechtsgevolgen aan zijn verbonden. In die tweede betekenis houden de

begrippen 'oplevering' en 'opgeleverd' verband met de verplichting van de *opdrachtgever* om het door de aannemer tot stand gebrachte werk, al dan niet na een keuring daarvan, te aanvaarden dan wel onder aanwijzing van geconstateerde gebreken te weigeren. In die tweede betekenis heeft het begrip 'oplevering' mijns inziens niets van doen met de verplichting van de *aannemer* tot (op)levering aan de opdrachtgever van het tot stand gebrachte werk,<sup>3</sup> laat staan dat de regeling van die laatstbedoelde verplichting in art. 7:750 lid 1 BW haar uitwerking zou vinden in art. 7:758 lid 1 BW.<sup>4</sup>

In reactie op mijn betoog heeft Van den Berg het door de wetgever gesuggereerde verband tussen art. 7:750 lid 1 en art. 7:758 lid 1 BW bevestigd en nader uitgewerkt.<sup>5</sup> Zijn benadering leidt mijns inziens echter niet tot een verheldering van de kwestie, maar bevestigt eerder de verwarring die de wetgever heeft gecreëerd. In deze bijdrage wil ik daarom opnieuw ingaan op de vraag wat de verhouding is tussen art. 7:750 lid 1 en art. 7:758 lid 1 BW, gegeven dat in beide bepalingen gebruik wordt gemaakt van formuleringen die zijn afge-

<sup>1</sup> Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens gasthoogleraar (TPR wisselleerstoel 2017/18) bij het Centrum voor Overheid en Recht (CORe) aan de Universiteit Hasselt en voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE).

<sup>2</sup> C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84), Deventer: Kluwer 2013, nr. 31 en nr. 66.

<sup>3</sup> En in zoverre had de wetgever er wellicht verstandiger aan gedaan het gebruik van het begrip 'opgeleverd' in art. 7:758 lid 1 BW te vermijden, zie Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/66.

<sup>4</sup> Zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17 (onder punt 3) en MvA, *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 17 (onder artikel 7.12.7a).

<sup>5</sup> Asser/Van den Berg 7-VI, Kluwer: Deventer 2017, nr. 126. Ik ga in par. 5 nog uitvoerig in op zijn visie.

leid van het begrip 'opleveren'.<sup>6</sup> Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal ik hierna in par. 2 eerst de kritiek weergeven die vanuit de literatuur is geleverd op het eerste voorontwerp voor Titel 7.12 van Drion uit 1972. Vervolgens zal ik in par. 3 laten zien hoe de wetgever met die kritiek is omgegaan in het tweede departementale voorontwerp van 1989. Die paragrafen bieden vervolgens een basis voor de analyse in par. 4 van de keuzes die in dat kader door de wetgever zijn gemaakt. In par. 5 betrek ik de meer recente visie van Van den Berg in de analyse. De hiervoor gestelde vraag wordt weliswaar beantwoord in de paragrafen 4 en 5, maar ik vat een en ander nog samen in par. 6.

## 2. Het eerste voorontwerp van Drion: kritiek vanuit de literatuur

Het eerste voorontwerp van Drion voor een nieuwe wettelijke regeling van de aannemingsovereenkomst uit 1972 voorzorg niet in een expliciete regeling van de verplichting van de aannemer om het werk 'op te leveren'.<sup>7</sup> Art. 7.12.1 van dat voorontwerp bepaalde slechts dat '(...) de aannemer, zich (...) verbindt om (...) een werk (...) tot stand te brengen (...)'. Het voorontwerp voorzorg evenmin in een regeling zoals we die nu kunnen terugvinden in art. 7:758 BW. Beide omissies kwamen Drion op kritiek te staan.

Wie de ontwikkeling van die kritiek nagaat, zal zien dat deze zich in eerste instantie enkel richtte op het ontbreken van een regeling van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever en van de rechtsgevolgen die daaraan kunnen worden verbonden. Het debat startte in 1973 met het preadvies van Zonderland waarin het voorontwerp van Drion centraal stond.<sup>8</sup> Anders dan Van den Berg stelt, heeft Zonderland destijds niet aangedrongen - evenmin als Van Zeggelen<sup>9</sup> overigens - op het opnemen van een opleveringsplicht van

de aannemer.<sup>10</sup> De stevige kritiek van Zonderland concentreerde zich op het ontbreken van een regeling in het voorontwerp vergelijkbaar met die welke - mede naar aanleiding van zijn kritiek - uiteindelijk is voorzien in het huidige art. 7:758 BW.<sup>11</sup> In de toelichting op het eerste voorontwerp had Drion zich op het standpunt gesteld dat een dergelijke regeling voor de aannemingsovereenkomst niet nodig was omdat die - kort gezegd - niets zou toevoegen aan de algemene bepalingen die reeds waren voorzien in Boek 6 van het ontwerp NBW in samenhang bezien met eventuele in het contract zelf gestipuleerde verplichtingen.<sup>12</sup> Over de (on)wenselijkheid van een expliciete regeling van de verplichting van de aannemer om het werk op te leveren, heeft Drion zich in de toelichting op het eerste voorontwerp niet uitgelaten.<sup>13</sup>

Wie dat wel deed, was Thunnissen. Hij nam, evenals Van Zeggelen, deel aan de beraadslagingen over het preadvies van Zonderland tijdens de allereerste jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht in 1973. Thunnissen viel Zonderland bij voor wat betreft diens kritiek dat in het voorontwerp van Drion ten onrechte een regeling ontbrak van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever en van de rechtsgevolgen die daaraan kunnen worden verbonden. Voorafgaande aan deze kritiek plaatste Thunnissen echter ook een kanttekening bij het ontbreken van een regeling van de 'tweede hoofdvlichting van de aannemer' in art. 7.12.1 van het voorontwerp,<sup>14</sup> te weten: de verplichting om het werk op te leveren.<sup>15</sup> In navolging van Thunnissen is vervolgens ook door anderen een wettelijke regeling van die verplichting bepleit, naast een regeling van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever

<sup>6</sup> Ik zal in deze bijdrage dus niet ingaan op de rechtsgevolgen die de wet verbindt aan de 'oplevering'. Zie art. 7:758 lid 2 BW (risico-overgang), art. 7:758 lid 3 BW (décharge van de aannemer van aansprakelijkheid voor zichtbare gebreken in de door hem geleverde prestatie) en art. 7:761 lid 2 BW (start van de verjaaringstermijnen van vorderingen wegens verborgen gebreken).

<sup>7</sup> Zie het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers, vierde gedeelte, 1972, Tekst p. 316-316b en Toelichting p. 1062-1083: het zogenoemde 'Groene Boek' voor Boek 7.

<sup>8</sup> P. Zonderland, *Het nieuw BW en de aanneming van bouwwerken. Preadvies van de Nederlandse Vereniging voor Bouwrecht* Nr. 1, Deventer: Kluwer 1973.

<sup>9</sup> A.C. van Zeggelen, 'Verslaggeving van de beraadslagingen in de eerste jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht over de Aanneming van werk in het nieuwe B.W. Interventies', *BR* 1974, p. 167-168. Van Zeggelen merkte slechts op dat hij het met Zonderland eens was dat in het voorontwerp van Drion een regeling van de begrippen 'oplevering', 'eerste oplevering' en 'onderhoudstermijn' node werd gemist.

<sup>10</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/83. De visie dat Zonderland en Van Zeggelen dat wel zouden hebben gedaan, lijkt te zijn overgenomen van de vorige bewerkster H.O. Thunnissen. Zie Asser/*Kortmann, De Leede & Thunnissen* 5-III, Deventer: Kluwer 1994, nr. 560.

<sup>11</sup> Zonderland, *Preadvies VBR* 1973, nr. 64 op p. 77-78.

<sup>12</sup> *MvT, Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 13-14. Drion noemt in dit verband art. 6:89 en de bepalingen van afdeling 6.1.8 BW. Drion herhaalde zijn standpunt in zijn slotbijdrage aan de beraadslagingen over het preadvies van Zonderland, zie H. Drion, 'Verslaggeving van de beraadslagingen in de eerste jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht over de Aanneming van werk in het nieuwe B.W. Slotbijdrage van de co-referent', *BR* 1974, p. 183.

<sup>13</sup> Hij deed dat evenmin in zijn in de vorige noot genoemde slotbijdrage aan de beraadslagingen over het preadvies van Zonderland. Drion onderscheide een dergelijke verplichting overigens wel, althans 'voor al die gevallen, waar het werk na voltooiing niet automatisch ter beschikking van de opdrachtgever staat', zie H. Drion, 'Asser-Thunnissen' over aanneming', *BR* 1978, p. 642. Drion schreef dit in zijn recensie van de (eerste) bewerking door Thunnissen van de in 1960 verschenen Asser/*Kamphuisen* 3-III, Deventer: Kluwer 1960, zie Asser/*Coehorst, De Leede & Thunnissen* 5-III, Deventer: Kluwer 1977.

<sup>14</sup> Het huidige art. 7:750 lid 1 BW.

<sup>15</sup> H.O. Thunnissen, 'Verslaggeving van de beraadslagingen in de eerste jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht over de Aanneming van werk in het nieuwe B.W. Interventies', *BR* 1974, p. 167. Vgl. ook dezelfde, 'Titel 12 van het zevende Boek van het Ontwerp B.W. - Aanneming van werk', *WPNR* 1974/5260, p. 264.

ver en van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen. In dit verband kunnen het in 1977 verschenen rapport van de door de KNB ingestelde Commissie Boek 7 NBW<sup>16</sup> en de in 1980 verschenen publicatie van Cavadino, Goudsmit en De Vries worden genoemd.<sup>17</sup>

### 3. Het tweede departementale voorontwerp: hoe de Minister met de kritiek is omgegaan

Om tegemoet te komen aan de in de literatuur geleverde kritiek, kwam in 1989 een tweede departementaal voorontwerp tot stand waarin alsnog werd voorzien in een regeling van zowel de verplichting van de aannemer om het werk op te leveren, als van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever en van een aantal daaraan te verbinden rechtsgevolgen.<sup>18</sup> Waarom de eerstgenoemde verplichting in de wet is opgenomen, vermeldt de Memorie van Toelichting niet.<sup>19</sup> Voor wat betreft de verantwoording van het opnemen van een regeling van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever, en van daaraan te verbinden rechtsgevolgen, merkt de Memorie van Toelichting op dat het ontbreken daarvan in de literatuur als een gemis is ervaren en dat 'hieraan (...), om met H. Drion te spreken, <<uit overwegingen van legislatieve elegantie>> tegemoet [is] gekomen'.<sup>20</sup>

Die laatste verantwoording is om twee redenen opmerkelijk te noemen. In de eerste plaats heeft Drion met zijn opmerking helemaal niet het oog gehad op een eventuele regeling van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever, en van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen: daár zag hij immers de toegevoegde waarde niet van in.<sup>21</sup> Waar Drion met zijn opmerking op doelde, was de door Thunnissen voorgestelde regeling van de verplichting van de aannemer om het werk op te leveren, in de betekenis van het feitelijk en - eventueel - juridisch aan de opdrachtgever *leveren* van het tot stand gebrachte werk.<sup>22</sup> In de tweede plaats gaat de Memorie van Toelichting met de hiervoor weergegeven verantwoording er aan voorbij waar het de literatuur met haar pleidooi voor een regeling van de keuring en aanvaarding van het werk door de opdrachtgever, met inbegrip van de daaraan te verbinden rechtsgevolgen, in essentie om te doen was.

En dat was: het belang van de rechtszekerheid.<sup>23</sup> Ook de vaste Commissie voor Justitie plaatste kanttekeningen bij de in de Memorie van Toelichting gegeven verantwoording. Zij vond die te mager en vroeg de Minister daar nader op in te gaan.<sup>24</sup> Uit de Memorie van Antwoord blijkt opnieuw dat de Minister bij de verwerking in het tweede voorontwerp van de in de literatuur geuite kritiek zaken door elkaar lijkt te hebben gehaald:

'In de literatuur werd er algemeen voor gepleit om opnemering en oplevering wel in de wet te regelen (...). Het argument hiervoor was dat de op de aannemer rustende verplichting tot oplevering van het werk tot diens hoofdv verplichtingen behoort. Met het opnemen van artikel 7.12.7a [art. 7:758, C<sup>2</sup>] is aan de pleidooien in de literatuur gehoor gegeven. Daarbij heeft het zojuist aangegeven argument de doorslag gegeven.'<sup>25</sup>

De Minister suggereert hiermee dat de in art. 7:758 BW opgenomen regeling, op basis waarvan in het concrete geval zal moeten worden vastgesteld of een werk als 'opgeleverd' kan worden beschouwd en welke rechtsgevolgen daar vervolgens aan zijn verbonden, een uitwerking vormt van de in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verplichting van de aannemer om het werk 'op te leveren'. Ten onrechte en verwarrend, zoals ik hierna zal laten zien.

### 4. Analyse: 'oplevering' als containerbegrip is verwarrend

Waarom is zowel in art. 7:750 lid 1 als in art. 7:758 lid 1 BW gebruik gemaakt van formuleringen die zijn afgeleid van het begrip 'opleveren'? Ik denk dat hier de volgende verklaring voor is te geven.

De in art. 7:750 lid 1 BW geregelde tweede verbintenis van de aannemer komt zoals gezegd neer op een verplichting het tot stand gebrachte werk feitelijk en - eventueel - juridisch aan de opdracht-

16 Rapport KNB Commissie Boek 7 NBW, WPNR 1977/5373, p. 28.

17 H.C.J. Cavadino, J.J. Goudsmit en H. De Vries, 'Nogmaals: het aannemingsrecht in het nieuwe B.W.', BR 1980, p. 571-582 op p. 573-575.

18 Zie thans art. 7:750 lid 1 respectievelijk art. 7:758 BW.

19 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17 (onder punt 3).

20 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 28 (onder punt 6).

21 Zie opnieuw MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 13-14 en de herhaling van zijn standpunt in zijn slotbijdrage aan de beraadslagen over het preadvies van Zonderland, BR 1974, p. 183.

22 Drion, BR 1978, p. 642.

23 Ook Van den Berg wijst daar terecht op, maar hij doet dat in het kader van een bespreking van de in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verplichting van de aannemer om het werk op te leveren, zie Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/83. Met argumenten die zijn gebaseerd op het belang van de rechtszekerheid kan mijns inziens enkel het nut worden verklaard van de in art. 7:758 lid 1 BW getroffen regeling en niet tevens van de regeling van de (op)leveringsverplichting van de aannemer. Het ontbreken van laatstbedoelde regeling leverde in de praktijk immers geen problemen op, aldus ook Drion. Hij vond deze verplichting 'zó evident, dat het ontbreken van een voorziening dienaangaande in de wet in de praktijk moeilijk tot problemen kan leiden (en dan ook, voor zover ik het weet, niet tot problemen heeft geleid)'; BR 1978, p. 642. Zie over het voorgaande uitvoeriger Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/31.

24 VV, Kamerstukken II 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 7 (onder art. 7.12.7a).

25 MvA, Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 17 (onder art. 7.12.7a). Zie voor een uitvoerigere weergave van de kritiek op het antwoord van de Minister, in het bijzonder wat betreft de verhouding tussen art. 7:758 en art. 6:58 e.v. BW: Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/31.

gever te *leveren*. Dat is ook de terminologie die van oudsher werd gebruikt om deze verplichting aan te duiden.<sup>26</sup> Het gebruik van het begrip 'leveren', in de hiervoor bedoelde betekenis, is echter vreemd in de context van aannemingsovereenkomsten in de bouw, althans in het geval dat de aannemer zich verbindt een onroerende zaak tot stand te brengen op grond die de opdrachtgever in eigendom toebehoort. In dat geval immers wordt de opdrachtgever op basis van art. 5:20 BW door natrekking eigenaar van ieder deel van de onroerende zaak, naar mate de uitvoering van het werk vordert.<sup>27</sup> Voor dat geval is men in de bouwpraktijk het begrip 'oplevering' gaan hanteren, zonder daaraan overigens de hiervoor bedoelde traditionele betekenis van het begrip 'leveren' te willen toekennen. Creemers schrijft in dit verband:

'Hetgeen men in de bouwbedrijven de "oplevering" van een voltooid bouwwerk noemt, is geen eigenlijk levering. Het is een formeel aantonen door den aannemer en een constateren door den bouwheer - c.q. diens architect - dat het werk volgens het bestek is voltooid.'<sup>28</sup>

In deze omschrijving staat het begrip 'oplevering' niet meer voor de nakoming door de aannemer - in andere dan het hiervoor geschetste geval - van zijn *tweede* verbintenis: het aan de opdrachtgever *leveren* van het tot stand gebrachte werk. In de omschrijving van Creemers krijgt het begrip 'oplevering' een andere betekenis: het ziet op het geheel aan procedurele handelingen die de aannemer en de opdrachtgever moeten verrichten ten einde vast te stellen of de aannemer zijn *eerste* verbintenis is nagekomen, namelijk: het tot stand brengen van het werk conform de eisen van de overeenkomst. Deze betekenis van het begrip 'oplevering' komt overeen met de betekenis die Thunnissen daaraan heeft gegeven in zijn interventie tijdens de beraadslagingen over het preadvies van Zonderland in 1973:

'Ik versta onder oplevering: het geven van gelegenheid aan de opdrachtgever om na te gaan of het werk volgens de overeenkomst is tot stand gebracht, en het vervolgens aan de opdrachtgever ter beschikking stellen van het werk, een en ander - voor zover dat nodig is en de feitelijke situatie dat meebrengt - gepaard gaande met eigendomsoverdracht.'<sup>29</sup>

Ook in deze omschrijving van het begrip 'oplevering' ligt het accent op de procedurele handelingen die partijen moeten verrichten opdat de opdrachtgever kan vaststellen of de aannemer zijn *eerste* verbintenis is nagekomen. De verwarring ontstaat vervolgens - ik kom daar zo dadelijk op terug - doordat Thunnissen van het begrip 'oplevering' een containerbegrip heeft gemaakt. Enerzijds geeft hij, net als Creemers, primair een andere betekenis aan dat begrip dan de betekenis die normaliter aan het traditionele begrip 'leveren' wordt toegekend. Anderzijds breidt Thunnissen die primaire betekenis van het begrip 'oplevering' vervolgens uit met de betekenis van datzelfde begrip 'leveren'. En dat doet hij dan in de context van een pleidooi om art. 7:12.1 van het voorontwerp van Drion uit te breiden met een regeling van de tweede verbintenis van de aannemer om het werk 'op te leveren'. Ik merk terzijde op dat het destijds inmiddels gebruikelijk was om - anders dan Creemers dat deed - het begrip 'opleveren' ook te hanteren in gevallen van aanneming van werk buiten de bouw, ter aanduiding van de verbintenis van de aannemer om het tot stand gebrachte werk te *leveren*.<sup>30</sup>

In het licht van het voorgaande valt denk ik allereerst goed te begrijpen waarom voor de regeling van de zojuist genoemde *tweede* verbintenis in art. 7:750 lid 1 BW gebruik is gemaakt van de formulering 'op te leveren'. Maar omdat het begrip 'oplevering' ook wordt gehanteerd - zoals Creemers en Thunnissen dat al deden - ter aanduiding van het geheel van procedurele handelingen die moeten worden verricht ten einde vast te stellen of de aannemer zijn *eerste* verbintenis is nagekomen, valt evenzeer te begrijpen waarom in het kader van de regeling van die handelingen in art. 7:758 lid 1 BW onder andere gebruik is gemaakt van de formulering 'opgeleverd'. Maar waarom is dat dan verwarrend?

Door zowel in art. 7:750 lid 1 als in art. 7:758 lid 1 BW gebruik te maken van formuleringen die zijn afgeleid van het begrip 'opleveren' en door - zoals de Minister dat heeft gedaan - de suggestie te wekken dat art. 7:758 lid 1 een uitwerking vormt van de in art. 7:750 lid 1 BW geregelde tweede verbintenis van de aannemer, kan mijns inziens verwarring ontstaan over de inhoud en strekking van art. 7:758 lid 1 BW. Want wat geeft de aannemer precies te kennen wanneer hij de opdrachtgever laat weten dat het werk klaar is om te worden 'opgeleverd'?<sup>31</sup> Geeft hij daarmee te kennen dat hij gereed is om te

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld W.A.M. Creemers, *Bouwrecht*, Arnhem: S. Gouda Quint, 1931, p. 119: 'De eerste verplichting van den aannemer is het maken van het overeengekomen werk. De tweede is het leveren van het product aan den aanbesteder.' Vgl. ook *Hoofdstukken Bouwrecht*, Deel 1, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014, nr. 6.

<sup>27</sup> Aldus reeds Creemers, *Bouwrecht* 1931 p. 119; Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 435; Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/30; Asser/Van den Berg 7-VI 2017/83.

<sup>28</sup> Creemers, *Bouwrecht* 1931 p. 120. Vgl. in dit verband ook *Hoofdstukken Bouwrecht*, Deel 1, 2014, nr. 6: 'Anders dan bij aanneming met betrekking tot roerend goed wordt nu niet van afleveren, maar van opleveren gesproken.'

<sup>29</sup> Thunnissen, *BR* 1974, p. 167.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld Asser/Kamphuisen 3-III 1960, p. 435; M.M. van Praag, *Bouwrecht*, Amsterdam: Scheltema & Holkema 1966, p. 91. Zie overigens p. 92, waar Van Praag nog spreekt van 'leveren'. Ook Drion gebruikte reeds het begrip 'opleveringsplicht' in het eerste voorontwerp van 1972, zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 14 (onder 1). Zie voor een bevestiging voorts Cavadino, Goudsmit & De Vries, *BR* 1980, p. 573.

<sup>31</sup> Zie de eerste volzin van art. 7:758 lid 1 BW.



worden bevrijd van zijn verbintenis het stand gebrachte werk te *leveren*? Of is de kennisgeving van de aannemer (ook?) te begrijpen als een oproep aan de opdrachtgever om vast te stellen dat hij zijn verbintenis om het werk *tot stand te brengen* in nagekomen conform de eisen van de overeenkomst? En waar ziet vervolgens de in art. 7:758 lid 1 BW voorziene 'aanvaarding' door de opdrachtgever op? Op de inontvangstneming van het tot stand gebrachte werk, waarmee dan de vervulling plaatsvindt van de tweede verbintenis van de aannemer tot (op) levering van dat werk? Of heeft die aanvaarding (ook?) de strekking de aannemer te bevrijden van zijn eerste verbintenis het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst? En - in het verlengde daarvan - wat betekent het begrip 'opgeleverd' in de tweede volzin? Dat de aannemer, na aanvaarding van het werk, bevrijd is van zijn ene, zijn andere of van beide in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verbintenissen?

Ik meen dat de hiervoor gestelde vragen aldus moeten worden beantwoord, dat art. 7:758 lid 1 BW in ieder geval voorziet in een regeling van de procedurele handelingen die aannemer en opdrachtgever moeten verrichten ten einde vast te stellen of de aannemer is bevrijd van zijn *eerste* in art. 7:750 lid 1 BW genoemde verbintenis om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst. Die conclusie lijkt mij logisch, gelet op de verwijzing in de bepaling naar de *keuring* van het werk en naar de mogelijkheid voor de opdrachtgever om het werk te weigeren, onder aanwijzing van geconstateerde *gebreken*. In het verlengde van het voorgaande ligt besloten dat de in art. 7:758 lid 1 BW voorziene procedure uit haar aard niet primair bedoeld lijkt om vast te stellen of de aannemer (ook) is bevrijd van zijn *tweede* in art. 7:750 lid 1 BW genoemde verbintenis om het tot stand gebrachte werk (op) te leveren. Dat roept vervolgens wel de vraag op, hoe de aannemer dan wel van die verbintenis bevrijd raakt. Die vraag brengt mij bij de visie van Van den Berg.

## 5. De analyse vervolgd: de visie van Van den Berg

Laat ik vooropstellen dat er tussen Van den Berg en mij geen verschil van mening bestaat over het antwoord op de vraag hoe de verbintenis van de aannemer om het werk 'op te leveren' in essentie moet worden begrepen. Wij sluiten beiden aan bij de in de Memorie van Toelichting gevolgde benadering dat onder die verplichting in het algemeen moet worden verstaan 'het overeenkomstig de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever na voltooiing'.<sup>32</sup> Afhankelijk van de inhoud en

strekking van de overeenkomst zal dit 'ter beschikking stellen' kunnen bestaan uit ófwel een feitelijke én juridische levering, ófwel alleen een feitelijke levering.<sup>33</sup>

Van den Berg neemt in aanvulling op het voorgaande echter het standpunt in dat het door de aannemer aan de opdrachtgever ter beschikking stellen van het werk - lees: de nakoming van zijn verbintenis om het tot stand gebrachte werk (op) te leveren - één van de twee voorwaarden is waaraan zal moeten zijn voldaan om het werk als 'opgeleverd' te kunnen beschouwen. Sterker nog: die voorwaarde zal volgens hem als eerste vervuld moeten zijn om toe te kunnen komen aan de tweede voorwaarde: de aanvaarding van het werk door de opdrachtgever:

'In mijn visie vormt het begrip oplevering zo de resultante van twee rechtshandelingen: de vervulling door de aannemer van zijn verplichting het stand gebrachte werk aan de opdrachtgever ter beschikking te stellen én de aanvaarding van dat werk door de opdrachtgever. (...) Het gaat hier mijns inziens om twee kanten van dezelfde medaille. De opdrachtgever kan niet aan aanvaarding van het werk toekomen als de aannemer zijn verplichting om het werk aan hem ter beschikking te stellen niet nakomt. Voor het intreden van de rechtstoestand waaraan de wet gevolgen verbindt zijn beide elementen nodig. Voor verwarring zie ik dan ook geen reden.'<sup>34</sup>

Deze benadering lost de verwarring mijns inziens niet op, maar doet haar alleen maar verder toenemen. In de benadering van Van den Berg wordt als het ware een handeling toegevoegd aan het schema van procedurele handelingen die aannemer en opdrachtgever op grond van art. 7:758 lid 1 BW moeten verrichten ten einde de aannemer te bevrijden van zijn *eerste* verbintenis om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst. Die extra handeling houdt in dat de aannemer eerst zijn *tweede* verbintenis om het tot stand gebrachte werk (op) te leveren dient na te komen. Bij deze benadering kunnen de volgende kanttekeningen worden geplaatst.

Allereerst kan deze benadering er toe leiden - zo begrijp ik haar althans - dat de aannemer zich bevrijd mag weten van zijn tweede verbintenis terwijl nog niet vaststaat dat hij ook van zijn eerste verbintenis is bevrijd. De keuring van het werk en de vaststelling dat het werk is tot stand gebracht conform de eisen van de overeenkomst, hebben immers nog niet plaatsgevonden. Dat roept dan toch

<sup>33</sup> Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/30; Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/125. Zie over de verschillende gevaltypen die hier kunnen worden onderscheiden onder andere ook: Creemers, *Bouwrecht* 1931, p. 119-120; Asser/*Kamphuisen* 3-III 1960, p. 435; *Hoofdstukken Bouwrecht*, Deel 1, 2014, nr. 6.

<sup>34</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/126.

<sup>32</sup> MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17.

de vraag op wat de door Van den Berg bedoelde nakoming van de in art. 7:750 lid 1 BW geregelde tweede verbintenis vervolgens betekent voor de in art. 7:758 lid 2 BW geregelde risico-overgang, nu beide bepalingen - ik herhaal het nog maar eens - gebruik maken van een formulering die is afgeleid van het containerbegrip 'oplevering'.

Een tweede kanttekening is dat de door Van den Berg beoogde uitbreiding van het schema van procedurele handelingen die aannemer en opdrachtgever op grond van art. 7:758 lid 1 BW moeten verrichten niet strookt met de op die bepaling gebaseerde literatuur, jurisprudentie en praktijk. Het gebruikelijke schema is immers: (1) de aannemer geeft aan de opdrachtgever te kennen dat het werk tot stand is gebracht; (2) de aannemer biedt de opdrachtgever de gelegenheid om het tot stand gebrachte werk te keuren; (3) de opdrachtgever keurt het werk; (4) de opdrachtgever verklaart of de aannemer is bevrijd van zijn verbintenis om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst.<sup>35</sup> In de visie van Van den Berg kan aan de onder (3) en (4) van het schema bedoelde handelingen niet worden toegekomen, zo lang de aannemer zijn tweede verbintenis tot (op)levering van het werk nog niet is nagekomen: het gaat hier volgens hem namelijk om twee kanten van dezelfde medaille. Van den Berg zou voor deze visie steun kunnen vinden bij Van Praag, die immers spreekt van een 'tweeledige handeling: de oplevering van de aannemer en de opneming en de goedkeuring door de opdrachtgever'.<sup>36</sup> Deze visie lijkt mij echter niet juist: de onderlinge afhankelijkheid bestaat immers niet tussen de nakoming door de aannemer van zijn verplichting het werk (op) te leveren enerzijds en de verplichting van de opdrachtgever om het werk na keuring al dan niet te aanvaarden anderzijds, maar tussen de nakoming door de aannemer van zijn verplichting om de opdrachtgever in de gelegenheid te stellen het tot stand gebrachte werk te keuren - zie onder (2) in het hiervoor weergegeven schema - en de verplichting van de opdrachtgever om dat werk na keuring al dan niet te aanvaarden. Ook Thunnissen

zag dat als de beide kanten van 'dezelfde medaille' in zijn eerder genoemde interventie tijdens de beraadslagingen van het preadvies van Zonderland.<sup>37</sup> Kamphuisen zag dat eveneens zo.<sup>38</sup>

Dat de aannemer op het in het schema onder (2) genoemde moment de opdrachtgever mogelijk de toegang tot het tot stand gebrachte werk zal moeten verschaffen, of dat werk zelfs feitelijk aan de opdrachtgever in handen zal moeten geven, zodat deze kan toekomen aan de onder (3) en (4) in het schema genoemde handelingen, doet aan het voorgaande niet af. Daarmee strekken die handelingen van de aannemer immers nog niet tot nakoming van zijn tweede verbintenis tot (op)levering van het tot stand gebrachte werk: zij hebben enkel de strekking de opdrachtgever in de gelegenheid te stellen zijn verplichting na te komen om, na een eventuele keuring van het werk, zich uit te laten over de vraag of hij dat werk al dan niet aanvaardt.

Laat de opdrachtgever zich daar vervolgens inderdaad positief over uit of wordt hij, na toepassing van de in art. 7:758 lid 1 BW voorziene regel, geacht zich daarover positief te hebben uitgelaten, dan is de aannemer daarmee zoals gezegd in ieder geval bevrijd van zijn eerste verbintenis om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst.<sup>39</sup> En in die gevallen waarin uit de inhoud en strekking van de overeenkomst volgt dat de aannemer zich tevens heeft verbonden het tot stand gebrachte werk feitelijk en - eventueel - juridisch aan de opdrachtgever (op) te leveren, zal hij ook die verbintenis bevrijdend zijn nagekomen zodra de opdrachtgever zich positief heeft uitgelaten over de vraag of hij het werk aanvaardt. Daarmee is - anders dan Van den Berg betoogt - de nakoming van de verbintenis van de aannemer tot (op)levering van het werk geen voorwaarde die vervuld moet zijn om de aanvaarding van het werk door de opdrachtgever te kunnen bewerkstelligen, maar lijkt de nakoming van die verbintenis eerder een rechtsgevolg van die aanvaarding te zijn. Deze visie vindt

<sup>35</sup> Vgl. C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/66; *Hoofdstukken Bouwrecht*, Deel 1, 2014, nr. 8; *Studiereeks Burgerlijk Recht*, M.A.B. Chao-Duivis, *Bijzondere Overeenkomsten*, Hoofdstuk 17, *Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 356. Ook de door Van den Berg besproken jurisprudentie gaat uit van dit schema, zie *Asser/Van den Berg* 7-VI 2017/126.

<sup>36</sup> Van Praag, *Bouwrecht* 1966, p. 91.

<sup>37</sup> Thunnissen, *BR* 1974, p. 167.

<sup>38</sup> *Asser/Kamphuisen* 3-III 1960, p. 435: 'Bij of voor de levering zal de aannemer verplicht zijn de aanbesteder gelegenheid te laten het werk behoorlijk te onderzoeken; dit is het tegenstuk van de verplichting van de aanbesteder om het werk op te nemen en goed te keuren (...)'.

<sup>39</sup> Zie par. 4 in fine.

niet alleen steun in de literatuur,<sup>40</sup> maar sluit tevens aan bij de benadering die Drion blijkens de toelichting op het eerste voorontwerp voor ogen heeft gestaan<sup>41</sup>. En last but not least: dat is hoe Van den Berg er - elders - ook zelf over lijkt te denken.<sup>42</sup>

## 6. Besluit

In deze bijdrage ben ik ingegaan op de vraag wat de verhouding is tussen art. 7:750 lid 1 en art. 7:758 lid 1 BW, gegeven dat in beide bepalingen gebruik wordt gemaakt van formuleringen die zijn afgeleid van het begrip 'opleveren'.

Mijn standpunt is dat art. 7:750 lid 1 en art. 7:758 lid 1 BW in onderling verband beschouwd verarring oproepen. De wetgever heeft in art. 7:750 lid 1 BW - op instigatie van de literatuur - een onderscheid gemaakt tussen *twee* verbintenissen van de aannemer en heeft de *tweede* van die verbintenissen verwoord door gebruik te maken van een formulering die is afgeleid van het begrip 'opleveren'. Andere formuleringen, die eveneens zijn afgeleid van datzelfde begrip 'opleveren', zijn vervolgens in art. 7:758 lid 1 BW gebruikt in het kader van een regeling op basis waarvan moet worden vastgesteld of de aannemer zijn *eerste* in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verbintenis is nagekomen, en dat terwijl

die verbintenis juist *niet* is verwoord door gebruik te maken van een formulering die is afgeleid van het begrip 'opleveren'. Zeker gelet op de belangrijke rechtsgevolgen die de wetgever elders in Titel 7.12 BW aan het tijdstip van de 'oplevering' van het werk heeft verbonden, mag dat verwarrend worden genoemd. Hoe moet de verhouding tussen beide bepalingen dan worden begrepen? Wanneer de opdrachtgever op grond van het bepaalde in art. 7:758 lid 1 BW verklaart het werk te aanvaarden, brengt hij daarmee tot uitdrukking dat de aannemer in ieder geval is bevrijd van zijn *eerste* in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verbintenis om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst. Het gevolg daarvan is tevens dat - voor zover de aannemer ook schuldenaar is van de *tweede* in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verbintenis om het tot stand gebrachte werk (op) te leveren - hij ook die verbintenis bevrijdend is nagekomen.

Ik ben de eerste om te stellen dat de praktische relevantie van de in deze bijdrage aangesneden kwestie niet groot is. Maar ik verwijs graag naar Zonderland, die in zijn preadvies schreef:

'In een wet, die in 20 jaar is opgebouwd en voor heel lang bedoelt te gelden, mogen geen onnodige tegenstrijdigheden zitten. De commentator mag daarom wel de wet op een goudschaaltje leggen. Zo heeft ieder zijn positie, de ontwerper en de commentator.'<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Creemers, *Bouwrecht* 1931, p. 120; Thunnissen, *BR* 1974, p. 167, waarvan ik het citaat in par. 4 hiervoor heb weergegeven. Ik wijs op de daarin door Thunnissen aangegeven volgorde: eerst biedt de aannemer de opdrachtgever de gelegenheid om het werk te keuren - met als 'andere kant van de medaille', dat de opdrachtgever het aangeboden werk moet keuren en aanvaarden - en vervolgens vindt de feitelijke en - eventuele - juridische (op)levering plaats. Zie voorts dezelfde, *Bouwaanneming volgens het NBW: evaluerende en rechtsvergelijkende beschouwingen. Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht Nr. 18*, Deventer: Kluwer 1990, p. 64: 'Gelet op de terminologie van enerzijds art. 7a en anderzijds de artt. 1 en 11, moet er vanuit worden gegaan dat het werk volgens het voorontwerp als opgeleverd wordt beschouwd zodra het werk is aanvaard of geacht wordt te zijn aanvaard'. De zeer lezenswaardige vergelijking die Cavadino, Goudsmit en De Vries maken tussen koop en aanneming, is in dit kader minder bruikbaar gelet op de stand van het wetgevingsproces in 1980. Op dat moment was namelijk nog niet te voorzien dat de wetgever - bij een eventuele regeling in zowel titel 7.1 als in titel 7.12 BW van de verplichting (van de verkoper respectievelijk aannemer) tot *levering* van het tot stand gebrachte eindproduct en van de verplichting (van de koper respectievelijk opdrachtgever) tot inontvangstneming van dat product - met art. 7:758 BW in titel 7.12 tevens een regeling zou treffen die iets toevoegt ten opzichte van de regeling in titel 7.1. En dat is: een verplichting van de opdrachtgever om - na een eventuele keuring van het eindproduct - zich er over uit te laten of dat eindproduct *tot stand is gebracht* conform de eisen van de overeenkomst. Zie Cavadino, Goudsmit & De Vries, *BR* 1980, p. 575 (onder het kopje *overdracht*).

<sup>41</sup> Vooropgesteld althans dat contractpartijen die in het voorontwerp ongeregeld gelaten verplichting van de opdrachtgever om het werk te keuren zelf in het contract zouden stipuleren, zie MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 14: 'Ook kan het zijn dat in het contract de nakoming van de opleveringsplicht van de aannemer gebonden is aan de inspectie van het werk door de aanbestedder.'

<sup>42</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/75: 'Ten slotte heeft de aannemer na de voltooiing van zijn werkzaamheden de medewerking van de opdrachtgever nodig om te kunnen voldoen aan zijn verplichting het werk te kunnen opleveren. Daarvoor is nodig dat de opdrachtgever zich erover uitspreekt of het werk door hem kan worden aanvaard.'

<sup>43</sup> Zonderland, *Preadvies VBR* 1973, nr. 71 op p. 81. Zonderland schreef dit in 1973. Toen was het wetgevingsproces dus al 20 jaar bezig. Titel 7.12 BW is in werking getreden op 1 september 2003. Ik zou dus eigenlijk moeten schrijven: 'In een wet, die in 50 jaar is opgebouwd...'